XIV.

Ueber die Zulässigkeit der Ueberreichung eines öffentlichen Testaments durch einen Bevollmächtigten.

Von Herrn Dr. Guyet, Professor der Rechte zu Heidelberg.

Wenn eine seit langer Zeit von der Theorie, wie von der Praxis vielfach aufgeworfene, und sehr verschiedenartig beantwortete Frage, deren Gegenstand durch seine Consequenzen für die Wissenschaft bedeutend, und durch sein öfteres Vorkommen ebenso für die Praxis wichtig ist, einer abermaligen Untersuchung unterworfen wird, so kann wohl nur entweder eine große Verworrenheit und Vielheit der Ansichten, oder die Meinung, durch neue Gründe die Entscheidung befördern zu wollen, einem solchen Unternehmen zum Schilde dienen; der Verf. muß also wohl gleich zum Voraus erklären, daß beides ihn bewog, gegenwärtigen Aufsatz niederzuschreiben, in welchem er versuchen wollte, die in der Ueberschrift genannte Streitfrage, so viel in seinen Kräften liegt, ihrer Auflösung näher zu bringen. Die Literatur [1]) derselben ist nämlich so reichhaltig, die Anzahl der darüber aufgestellten Meinungen so groß, die von beiden Seiten vorgebrachten Gründe so zahlreich, und endlich noch bis auf den heutigen

---

1) Die Literatur findet sich sehr vollständig in folgenden, mit einander zu vergleichenden Werken verzeichnet: S. Stryckius diss. de testam. per procur. oblato, in Opp. T. V. No. 9. §. 15. n. 30.; Walch introduct. in controv. jur. S. II. cap. 4. m. 3. §. 2. 4. Müller observat. ad Leyser. medit. T. III. obs. 626. Hellfeld jurisprud. forens. T. II. §. 1409. N. r. Kind quaest. forens. ed. 2. T. I. c. 40. p. 268. 269. Wening System des gemeinen Civilrechts, Buch V. §. 58. (§. 451. a. E.). —

Tag so wenig Einstimmigkeit in den geschätztesten Werken darüber zu finden, daß es sich der Mühe zu verlohnen schien zu versuchen, ob vielleicht, theils durch Zusammenstellung des vorhandenen Materials, theils durch einige neue Betrachtungen, ein bestimmtes Resultat erzielt werden könnte; es bedarf aber deshalb, um Mißdeutungen zu vermeiden, der sich übrigens von selbst verstehenden Erklärung, daß keineswegs Alles, was sich auf diesen Blättern befindet, nur des Verf. Idee ist, wobei es jedoch leicht seyn wird, das Entlehnte und Zusammengestellte von dem Eignen und vielleicht Neuen zu sondern.

Es ist bekannt genug, daß das ältere römische Recht (wenn man das testamentum calatum abrechnet) kein öffentliches, d. h. ohne weitere Feierlichkeiten, außer der bestimmten Erklärung vor einer gewissen mit öffentlicher Auctorität versehenen Person, zu errichtendes Testament kannte [2], daß aber zuerst im Jahre 397 n. Chr. Geb. die Kaiser Arcadius und Honorius verordneten, daß ein dem Magistrate zu Protokoll dictirtes Testament volle Gültigkeit haben solle [3], worauf dann Honorius und Theodosius in einer weiteren, auf das Jahr 409 oder 412 zu setzenden Constitution [4], indem sie dies wiederholten, noch

2) Man hat wohl aus L. 2. Cod. quemadm. testam. aper. (6. 32) etwas derartiges für das ältere Recht ableiten wollen, allein schwerlich mit Recht, wie unten erörtert werden wird; das testam. in calatis comitiis factum ist dagegen im vollsten Sinne ein öffentliches zu nennen.

3) L. 18. Cod. de testamentis (6. 23). L. 4. C. Theod. de testam. (4. 4). Ueber das darin und in L. 19. C. J. eod. vorkommende Wort *publicari*, welches nicht eröffnen, sondern zu Protokoll erklären bedeutet, s. Spangenberg im Archiv für civil. Praxis, Bd. V. S. 159, 160. Merkwürdig ist aber, daß die Kaiser sich auf eine uralte Gewohnheit berufen, welche sie nur bestätigen zu wollen scheinen.

4) L. 19. Cod. l. c. Je nachdem man am Ende der Constitution die Zahl der Consulate der beiden Kaiser setzt, ist es das Jahr 409 oder 412 n. Chr. Geb. s. hierüber Walch opusc. T. I. S. 1. exerc. VII. cap. I. §. 8. p. 130.

zufügten, daß ein, mittelst einer Supplik dem Kaiser selbst erklärter letzter Wille gleiche unbestreitbare Gültigkeit haben solle, auch wenn kein Rescript darauf erfolge, und diese ganze letztere Bestimmung findet sich abermals in einer aus dem Jahre 446 herrührenden, in Justinians Rechtsbuch nicht aufgenommenen Novelle der Kaiser Theodosius und Valentinian.[5]) Hiernach kennen die römischen Rechtsquellen eigentlich nicht die Ueberreichung eines, von dem Testator vorher geschriebenen letzten Willens, welcher dadurch solennisirt würde, daß der Richter eine Bemerkung darüber zu Protokoll nimmt, sondern nur die mündliche Erklärung des Willens in Gegenwart des Regenten oder der Magistratsperson [6]); indessen hat sich schon längst die, in der That nach allen Analogieen zu billigende Ansicht in Deutschland gebildet, daß die erwähnten Verordnungen auch von dem überreichten schriftlichen Testamente zu verstehen seyen, und in diesem Sinne soll hier der Ausdruck: öffentliches Testament gleichfalls stets gebraucht werden. Dagegen aber haben die Römer niemals [7]) die jetzt wohl vorkommende Sitte gehabt, Privattestamente, welche bereits

5) Nov. Valentiniani III. tit. 21. Nov. 1. bei Hugo jus civ. antejust. T. II. p. 1320 — 1322. Auch enthält der §. 2. dieses Gesetzes eine Erwähnung des richterlichen Testaments.

6) Spangenberg a. a. O. Uebrigens nimmt schon die Glosse zu L. 18. C. cit. die im Texte erwähnte ausdehnende Erklärung an, und es dürfte daher das ganze Institut des gerichtlichen Testaments wohl nicht allein dem deutschen Rechte entsprossen seyn, da es sich in dem römischen so klar findet, und gerade das später zu erwähnende Formular bei Marculph dessen Fortdauer und Fortbildung durch die Praxis beweisen kann, sondern nur diese eine Gattung, das schriftlich überreichte gerichtliche Testament; s. Spangenberg S. 171, Mittermaier deutsch. Privatrecht, 4te Aufl. §. 409 mit Note 1. Schon hiernach, und weil nirgends eine Abschaffung des römischen Rechts sich findet, ist es in diesem Punkte für die Praxis das gültige Recht.

7) Savigny, Geschichte des röm. Rechts im M. A. Bd. I. Cap. II. S. 83.

in der gewöhnlichen Form errichtet und an sich gültig waren, noch der größeren Sicherheit wegen dem Gerichte zu übergeben; man kann daher ein solches Testament nicht nach den Grundsätzen beurtheilen, welche von den öffentlichen letzten Willensordnungen gelten, und es ist bei unserer Untersuchung davon nicht die Rede, obgleich die ältern Schriften sich hier mannichfach Vermengungen zu Schulden kommen lassen, welche natürlich zu der größten Verwirrung und den ärgsten Fehlschlüssen führen.

Bei den öffentlichen Testamenten in der hier vorangeschickten Bedeutung kann nun der Fall eintreten, daß der Testirende aus irgend einem Grunde nicht selbst vor Gericht (denn das Testament durch Ueberreichung an den Regenten ist wohl in Deutschland nicht leicht vorgekommen!) erscheinen kann oder will, und einem Andern daher den Auftrag ertheilt, in seinem Namen entweder das von ihm, dem Gewaltgeber, eigenhändig geschriebene Testament zu übergeben und Notiz davon zu Protokoll nehmen zu lassen, oder den ihm von dem Testator vorher genau angegebenen Willen desselben mündlich zu Protokoll zu dictiren — die Gültigkeit und Testamentseigenschaft einer solchen Urkunde ist nun im höchsten Grade bestritten, und der Gegenstand der verschiedensten Ansichten von jeher gewesen, so daß sich nicht weniger als sieben Meinungen darüber vorfinden.

Die erste Meinung geht dahin, daß die Ueberreichung eines öffentlichen Testaments jeder Art stets durch einen Bevollmächtigten geschehen dürfe und das Testament alsdann volle Gültigkeit habe, in soferne nur die Bevollmächtigung hinreichend dargethan sey [8].

---

8) Hauptsächlich ist diese Meinung aufgestellt worden von Stryckius l. c. §. 26 ff. und von Böhmer consultat. et deciss. T. II. dec. 643. Die Abhandlung von Stryck, welche wohl das Beste seyn dürfte, was über unsern Gegenstand geschrieben worden ist, findet sich auch beinahe wörtlich in dessen cautelae testament. cap. 8.

Die zweite Ansicht gestattet die Ueberreichung durch einen Procurator nur dann, wenn dieser ein specielles, gehörig beglaubigtes Mandat dazu erhielt [9]), wobei Rivinus noch fordert, daß es ein mandatum specialissimum seyn müsse, und überdies nicht etwa der Verdacht einer Fälschung vorhanden seyn dürfe.

Eine dritte Theorie unterscheidet zwischen dem, dem Regenten überreichten Testamente, und dem gerichtlich insinuirten letzten Willen, schließt bei dem ersten den Procurator aus, gestattet ihn aber bei dem letzten [10]).

Die vierte Behauptung hat Gadendam [11]) aufgestellt, welcher zwischen dem mündlichen, und dem schriftlich überreichten richterlichen Testamente unterscheidet, und nur bei dem letzteren einen Procurator zulassen will, bei dem ersteren aber, hauptsächlich aus Gründen der Zweckmäßigkeit, ihn verwirft.

Gewissermaaßen zur Aushülfe dienend ist eine fünfte Theorie, welche der schon erwähnte Rivinus, als im äußersten Falle doch genügend vorgebracht hat; er will nämlich alsdann einem Bevollmächtigten erlauben, die Ueberreichung eines öffentlichen Testaments mit rechtlicher Wirkung vorzunehmen, wenn zwei glaubhafte Zeugen es gesehen haben,

---

9) Diese Ansicht zählt die meisten Anhänger; es müssen hauptsächlich genannt werden: Rivinus diss. de testam. per procurat. judici obl. Lips. 1735. §. 14. Leyser med. ad pandect. sp. 354. med. 4. Müller ad Leyser med. obs. 626. Leyser gesteht übrigens, daß er früherhin der ersten, im Texte erwähnten Meinung zugethan gewesen sey.

10) Als Repräsentant dieser Parthei ist zu nennen: Walch introd. in controv. jur. Sect. II. c. 4. m. 3. S. 2. et 4. s. auch dessen diss. de indole testam. principi oblati in Opusc. T. I. S. 1. ex. VII. cap. 2. §. 4.

11) Gadendam diss. de testam. per procur. Kilon. 1770. S. 6. S. 9. seqq. Ihm folgen Mehrere, z. B. Kind quaest. forens. l. c. (s. Note 1) in der früheren Ausgabe.

daß der Procurator von dem Gewaltgeber die Testamentsurkunde wirklich erhalten hat [12]).

Eine sechste Meinung [13]) lautet dahin, daß nur in dem Falle, wenn der Testator z. B. durch Krankheit verhindert war, das Testament dem Gerichte selbst zu übergeben, die Ueberreichung desselben durch einen Procurator gestattet werden dürfe, daß aber der Testator, wenn er am Leben bleiben, und sich später im Stande befinden sollte, vor Gericht zu erscheinen, alsdann durch persönliche Erklärung den Mangel heben müsse, welcher aus jener nur nothgedrungen zugelassenen Ueberreichung doch immer folge, sobald der Nothfall nicht mehr vorhanden sey.

Die siebente Parthei endlich behauptet, daß der Testator stets persönlich erscheinen müsse, und schließt jede Ueberreichung durch einen Procurator unbedingt aus [14]).

Daß nun die sechs zuerst angeführten Meinungen im Wesentlichen übereinstimmen, nämlich die Ueberreichung durch den Procurator gestatten, und in ihren Abweichungen von einander sich nur auf allgemeine Gründe, keineswegs aber auf ausdrückliche Aussprüche der Rechtsquellen stützen, mit-

---

12) Diss. cit. §. 18.

13) Cramer observat. jur. univ. T. I. obs. 17. §. 3. Hierhin scheint sich, nach Cramers Angabe, der Gerichtsgebrauch bei dem Reichskammergerichte mehr geneigt zu haben, doch findet der genannte Schriftsteller die Sache selbst sehr bedenklich, und in der That wird diese ganze Theorie durch die am Schlusse dieser ganzen Abh. mitgetheilte Bemerkung völlig beseitigt.

14) Auch diese Ansicht zählt viele Vertheidiger, von welchen die bedeutendsten sind: Spiesius diss. de testam. per procur. non offerendo Altorf. 1743. §. 3. Lauterbach diss. de testam. judiciali. §. 14. in Opp. acad. T. II. No. 133. Höpfner, Comment. §. 443. N. 3. Die Praxis scheint am meisten diese Meinung befolgt zu haben, s. z. B. Carpzov Jurisprud. for. P. III. c. 3. def. 23, welcher mehrere Gerichts- und Facultäts-Urtheile anführt; allein es werden auch Beispiele des Gegentheils erwähnt, s. z. B. Böhmer consult. l. c. Stryckius l. c. und die vorige Note.

hin ihr größerer Werth oder Unwerth auch nur aus allgemeinen Gründen beſtimmt werden kann, geht aus deren Inhalt von ſelbſt hervor; ſie laſſen ſich daher ganz gut zuſammenfaſſen, ſtehen ſämmtlich der ſiebenten Anſicht gegenüber, und es iſt daher auch hier nur die Frage über die Zuläſſigkeit des Procurators überhaupt zu unterſuchen, ohne daß es vorerſt nothwendig wäre, ſich auf jene mannigfachen Unterſcheidungen einzulaſſen, unter welchen übrigens die zweite, allenfalls in Verbindung mit der vierten, ſich wohl am meiſten empfehlen dürfte. Es muß aber die Ueberzeugung ausgeſprochen werden, daß allein diejenige Anſicht den Vorzug verdient, welche ſtets perſönliche Gegenwart des Teſtators fordert, und in keinem Falle einen Bevollmächtigten zulaſſen will; die Begründung dieſer Anſicht iſt hier zu verſuchen, und es ſollen zu dieſem Ende die ſowohl gegen, als für dieſelbe ſprechenden Gründe näher betrachtet werden.

Um darzuthun, daß die Ueberreichung durch einen Procurator mit rechtlicher Wirkung, nicht verworfen werden könne, beruft man ſich zuvörderſt auf den Grundſatz des römiſchen Rechtes, daß man jedes Geſchäft durch einen Bevollmächtigten vollziehen laſſen könne, ſobald derſelbe nur mit gehöriger Vollmacht verſehen ſey [15]; nur da, wo ſeine Zuläſſigkeit ausdrücklich verboten ſey, dürfe er nicht erſcheinen, und da ſich nun bei dem öffentlichen Teſtamente kein ſolches Verbot finde, ſo laſſe ſich nicht einſehen, weshalb dabei eine Bevollmächtigung nicht ſtattfinden ſolle. Indeſſen fällt von ſelbſt in die Augen, daß der Vorderſatz dieſer Behauptung eine reine und gänzlich unerwieſene petitio principii iſt; im Gegentheil wird in den Rechtsquellen ausdrück-

---

15) pr. Inst. de iis per quos (4. 10.) L. 17. §. 2. de injuriis (47. 10.) L. 26. Cod. de procuratoribus (2. 13.) L. 5. §. 3. de admin. et per. tutorum (26. 7.). L. 8. pr. L. 43. §. 1. de procuratoribus (3. 3.) cap. 68. 72. de regul. juris in 6.

lich gesagt, daß Procuratoren **nicht** überall zulässig seyen, was keineswegs jetzt aufgehoben ist [16]), und es soll im Verlaufe dieser Untersuchung hoffentlich klar werden, daß sie bei den Testamenten niemals vorkommen durften, mithin auch jetzt, d. h. im neuesten römischen Rechte nicht vorkommen können, so daß daraus sogar ein specielles Verbot sich ergeben wird.

Sodann will man die, im Allgemeinen gewiß wahre Regel zur Anwendung bringen, daß nur solche Formalitäten verlangt werden können, welche sich in den Rechtsquellen ausdrücklich vorgeschrieben finden, und folgert daraus, daß, weil bei dem öffentlichen Testamente das persönliche Erscheinen des Testators nirgends verlangt werde, man es mithin nicht mit Recht jetzt fordern wolle, wozu noch komme, daß eine solche Erklärung zu Protokoll (insinuatio) keineswegs eine so höchst persönliche Handlung sey, daß sie nicht auch durch einen Procurator sollte vorgenommen werden können. Allein das ist ja gerade der Streitpunct, ob nicht die Rechtsquellen eben hier persönliche Erscheinung fordern, und es soll in dieser Hinsicht später zu beweisen versucht werden, daß mit geraden Worten und nach den wichtigsten Analogieen die persönliche Erklärung allerdings verlangt wird. Daß aber zwischen dieser Gattung von Insinuation zu Protokoll, und

---

16) Gerade die citirte L. 43. §. 1. de procur. und L. 26. Cod. cit. beweißt dies, allein noch klarer sagt es L. 40. pr. eod. tit. sowie auch alle, in der vorigen Note citirte Stellen nur höchst unbestimmt allgemein sprechen, mithin für einen speciellen Fall, wie der unsrige ist, doch nichts entscheiden können, besonders da sie fast alle nur von Procuratoren für **gerichtliche** Handlungen reden. Daß aber die beiden citirten canonischen Regeln, die nur einen ganz allgemeinen Hauptgrundsatz auf oberflächliche Art enthalten und obendrein gar nicht einmal sagen, daß er **überall** gelte, die speciellen römischen Vorschriften nicht aufheben können und sollen, versteht sich von selbst nach der bekannten Regel, daß das neuere Gesetz zwar das ältere Gesetz, nicht aber dessen Ausnahmen aufhebt, sobald es sie nicht ganz ausdrücklich erwähnt.

anderen Fällen derselben, z. B. bei der Schenkung über 500 Solidi, ein himmelweiter Unterschied stattfindet, ist wohl von selbst klar, so daß man kaum begreift, wie man sich hat auf die Analogie der angeführten Schenkungs-Insinuation berufen mögen [17].

Indessen hat es auch an bestimmteren, der ernsteren Erwägung werthen Gründen nicht gefehlt, und man hat sich besonders auf die Worte der Hauptconstitution für das, dem Regenten zu überreichende Testament [18]) gestützt, und behauptet, daß, weil darin gesagt sey, daß das „offerre preces" hinreiche, um dem Testamente Gültigkeit zu verschaffen, oder weil eine „supplicatio intimata" dazu genüge, dies stets schriftlich habe geschehen müssen, mithin auch die Gegenwart des Testators nicht nothwendig gewesen sey, sondern dieser sein Testament nebst der Supplicatio habe einsenden, oder, was gleichviel wäre, durch einen Procurator dem Kaiser überreichen lassen können; ausdrücklich aber sey die oblatio precum durch einen Procurator in den Rechtsquellen gestattet [19]), mithin müsse sie auch hier stattfinden können [20]). Allein wenn man nur die Worte der Constitution etwas genauer ansieht, so zeigt sich sogleich, daß die Kaiser gar nicht an zwei Urkunden denken, sondern daß das Testament und die Bitte es anzunehmen ganz ein und derselbe Act sind, wie die Ausdrücke *insertum* mera fide *precibus* und quod *per supplicationem* auribus nostris *intimatur* deutlich

17) Wie Stryckius diss. cit. §. 34. No. 53. thut; die L. 34. Cod. de donationibus (8. 54.) spricht aber auch weislich in ganz allgemeinen Ausdrücken und redet keineswegs von der Person des Schenkers.

18) L. 19. Cod. de testamentis cit.

19) L. 6. Cod. de precibus imper. offerendis (1. 19.)

20) Diesen Grund haben besonders Stryck. diss. cit. §. 28. und Walch diss. cit. cap. 2. §. 4. mit vielem Scharfsinne ausgeführt, mit Berufung auf Gutherius de officio domus Augustae L. I. c. 34.

zeigen, wo eben die Bitte, als die letzte Willenserklärung enthaltend bezeichnet wird [21]; eben so wenig findet sich eine Spur davon, daß es sich hier um eine Scriptur handle, ja das Gegentheil geht aus den Worten *auribus nostris intimare* klar hervor, bei welchen, in einem in der That etwas ganz Neues vorschreibenden Gesetze doch Niemand an einen Euphemismus denken darf; noch weniger aber läßt sich der Schluß begreifen, daß, weil hier eine Scriptur gestattet sey, auch deren Ueberreichung durch einen Procurator erlaubt seyn müsse, indem dies eben wieder der Streitpunct ist; und endlich sagt die Constitution derselben Kaiser, welche von der oblatio precum überhaupt spricht [22], gar nichts weiter, als daß, wenn ein freier Bürger, oder aber ein Sclave, auf seine eigne Supplik (a quocunque — servo — supplicante) ein Rescript erhalten habe, dies gültig sey, und man nicht fragen dürfe, wer bei dem Kaiser supplicirt habe, d. h. ob es ein Freier oder ein Sclave sey, welcher sich an den Regenten gewendet habe. Von einer unbedingten Erlaubniß, Suppliken durch einen Procurator einzureichen, findet sich also darin nicht das Mindeste gesagt, und es läßt sich folglich daraus für unsre Frage gar nichts ableiten.

Schon bei weitem mehr Gewicht hat die Berufung auf die Schlußworte unserer Constitution:

> Nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces *secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare*, si ei alia nocere non possunt,

indem man sagte, daß hier doch die Ueberreichung durch einen Procurator nothwendiger Weise als möglich und als

---

21) Daß dies stets so geschah, beweisen auch mehrere andere Constitutionen, z. B. L. 2. C. de usufructu (3. 33.) L. 1. C. de contrah. stipulatione (8. 38.) L. 2. C. de delatoribus (8. 11.), welche mit den ausdrücklichsten Worten sagen, daß die Supplik (welche jedoch in diesen Fällen eine schriftliche war) zugleich auch andre Urkunden, namentlich Beweisurkunden, als Bestandtheile enthielt.

22) L. 6. Cod. cit. s. Note 19.

geschehen vorausgesetzt werde, weil sich sonst kein Fall denken lasse, in welchem der eingesetzte Erbe noch durch Zeugen die Aechtheit der dem Kaiser überreichten Testamentsurkunde darthun müsse. Allein abgesehen davon, daß man hier wieder unrichtiger Weise an eine Urkunde denkt, während das Gesetz selbst nur die mündliche Eröffnung kennt, so ist ganz gut denkbar, daß sich über die eigentliche Willensmeinung des Testators, z. B. bei einer geschehenen Demonstration des Erben, oder bei Zweifeln über seinen Geisteszustand, Streit erheben kann, und dann diese quaestio fidei [23]) durch Zeugen entschieden werden soll, welche über den Sinn der von dem Testator gebrauchten, und von dem Geheimsecretair des Kaisers (quod in nostris est scriniis constitutum [23a]) niedergeschriebenen Worte aussagen sollen. In keinem Falle aber dürfte daraus eine so gewagte Folgerung auf die Zulässigkeit eines Procurators zu machen seyn, und man könnte leichter sich denken, daß der Kaiser (oder vielmehr die rescribirenden Kaiser) sich selbst unter den idonei testes verstanden hätte, wo denn die ganze Periode nur noch eine das Ganze bestätigende, obwohl etwas bombastische Phrase wäre [24]), welche letztere Erklärung beinahe durch die Worte „testimonio principis" in dem §. 2. der Valentinianischen Novelle bestärkt wird, und die Accursische Glosse scheint denn gleichfalls dieser Meinung zu seyn.

---

23) Wie es L. 12. Cod. de testamentis sehr passend und mit genauer Unterscheidung nennt.

23 a) Es darf der Merkwürdigkeit wegen nicht unerwähnt bleiben, daß man diese Worte der L. 19. C. cit. von einem jus archivi des Kaisers hat verstehen wollen!

24) Cujacius opp. Neap. 1758. T. IX. p. 714 versteht die Periode so, daß die Zeugen nur über die wirklich geschehene Ueberreichung des Testaments an den Kaiser aussagen sollen, und über deren gehörige Form; indessen scheint dies weniger glaublich, da sich ja in dem Archive doch stets eine protokollarische Urkunde darüber befinden mußte, also Zeugen schwerlich nöthig waren; doch ließe sich dies in einem einzelnen Falle auch wohl so denken.

Scheinbar der wichtigste und klarste Grund für die Zulassung eines Procurators findet sich aber, wie besonders Rivinus bemerkt, in einer Constitution von Valerius und Gallienus vom J. 257; sie lautet folgendergestalt:

Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, ut secundum leges, moresque locorum insinuentur; ita scilicet ut testibus non praesentibus adire prius vel pro tribunali, vel per libellum rectorem provinciae adire procures, ac permittente eo, honestos viros adesse facias, quibus praesentibus aperiantur, et ab his rursum obsignentur [25].

Hierin fand man den klaren Beweis, daß mindestens der Sohn in Auftrag seines Vaters ein Testament dem Gerichte habe übergeben dürfen, und schloß daraus auf Zulässigkeit des Procurators überhaupt, und diese Argumentation schien so bedenklich, daß man wohl dagegen behauptete, daß das Gesetz von einem älteren, jetzt abgeschafften richterlichen Testamente spreche, bei welchem Zeugen nöthig gewesen, dessen Grundsätze aber jetzt nicht mehr anwendbar wären. Allein die ganze Sache ist eine völlig andere, und wird durch eine fast gleichlautende Stelle von Gajus [26]) in das klarste Licht gesetzt, sobald man nur auf das Wort „*aperiantur*" Gewicht legt, und weiß, daß „*insinuare*" in der Sprache der Rechtsquellen nicht nur zu Protokoll erklären heißt, sondern auch eröffnen oder bekannt machen bedeutet [27]). Es hatte nämlich der Sohn in unserem Falle

25) L. 2. Cod. quemadmod. testam. aperiantur. (6. 32.)

26) L. 7. test. quemadm. aperiantur (29. 3.); s. auch Pauli sent. rec L. IV. t. 6. §. 2.

27) S. z. B. L. 3. C. Theod. de maternis bonis (8. 18.) L. 24. C. Theod. de haereticis (16. 5.) L. 1. pr. C. Theod. de fide catholica (16. 1.) u. s. w.

von seinem (sterbenden) Vater, mit welchem er wahrscheinlich sich auf einer Reise befand, das von dem letzteren auf gewöhnliche Weise verfertigte Privattestament mit dem Auftrage erhalten, es nicht im Auslande, sondern in der heimathlichen Provinz eröffnen zu lassen; auf einen Zweifel des Sohnes, ob das Testament an einem andern Orte, als dem Sterborte eröffnet werden dürfe, rescribiren dann die genannten Kaiser, das dürfe allerdings geschehen, und machen nur wieder auf eine (heut zu Tage wohl nicht mehr beobachtete) Sicherheitsmaaßregel bei der Testamentseröffnung aufmerksam [28]. Wenn es nämlich schnell nöthig wurde, das Testament zu eröffnen, oder wenn fünf Tage nach dem Tode des Testators verstrichen waren, und man der dabei zugezogenen Zeugen nicht auf der Stelle habhaft werden konnte, oder es für sie in diesem Zeitpuncte allzu beschwerlich und in ihren eignen Geschäften hinderlich gewesen wäre, zu erscheinen, so wurde es im Beyseyn unbescholtner Männer (hierauf wird vieles Gewicht gelegt!) von dem Gerichte eröffnet, Nachricht und Abschrift den Interessenten mitgetheilt, das Testament dann wieder geschlossen und von den zugezognen, in gutem Rufe stehenden Männern wieder versiegelt, endlich aber später den eigentlichen Testamentszeugen zur Anerkennung ihrer Unterschrift und ihres Siegels vorgelegt, welches letztere mithin bei dieser vorläufigen Eröffnung nicht verletzt worden seyn durfte; läugnete dann Einer der Zeugen seine Hand oder sein Siegel ab, so konnte noch immer eine Testamentsanfechtung erfolgen Dies Alles enthält auch unsere Constitution mit den deutlichsten Worten, und sie hat daher auf den hier behandelten Gegenstand gar keine Beziehung.

Zum Ueberflusse hat man sich wohl noch auf eine Stelle

---

28) Dies ist auch die Erklärung der bewährtesten Schriftsteller, s. z. B. Cujacius ad tit. Cod. quemadm. testam. aper. in Opp. l. c. p. 789. Brunnemann ad L. 2. Cod. cit. (VI. 32.) Savigny und Spangenberg a. a. O.

in den Formularien Marculph's [29]) berufen, durch welche wenigstens ein Fall dargethan werden soll, in dem ein durch einen Procurator überreichtes Testament für gültig gehalten wurde, und somit eine Praxis zu Gunsten dieses Grundsatzes sich zeigte, welche man für um so leichter begründet hält, weil die römischen Rechtsquellen nur das mündlich erklärte öffentliche Testament kannten, bei uns aber das schriftliche überreichte wohl das häufigere sey, mithin für dieses letztere um so unbedenklicher eine Praxis sich feststellen könne und dürfe. Indessen sagt jenes Formular, (abgesehen davon, daß es auf römische Rechtsprincipien als derogirend wohl niemals angewendet werden dürfte) kein Wort von dem angeblich darin Gefundnen, sondern redet von einem Testament, welches „bonorum hominum manibus roboratum atque signatum" war, also von einem ganz gewöhnlichen Privattestamente, welches entweder noch zu mehrerer Sicherheit dem Gerichte übergeben werden sollte, oder es spricht, wie nach dem gebrauchten Ausdrucke „testamentum *recitatum*" noch wahrscheinlicher ist, von der Eröffnung eines Testaments, welche der bittende Prosecutor verlangt. Daß aber bei Mangel ausdrücklicher Bestimmungen die Analogie des römischen öffentlichen Testaments allein für die heut zu Tage angenommene Ausdehnung entscheiden kann, liegt doch wohl so klar am Tage, daß es unnütz wäre, zur Widerlegung jenes Grundes noch ein Wort zu sagen, so wenig, als gegen jene andre Behauptung hier zu sprechen ist, daß in jedem Falle im heutigen Rechte ein Procurator zuläßig seyn müsse, weil so viele andere wichtige Fälle existirten, wo Procuratoren gültig handeln könnten, und dieselben legislativ-politischen Gründe auch vorhanden wären, wie hier — wo die Rechtsquellen allein entscheiden können, die Praxis aber unbestimmt ist (s. Note 14.) und die Theorie

---

29) In der Ausgabe von Bignon, Paris 1613, Lib. II. cap. 37 u. 38. s. Canciani leges barbaror. T. II. p. 241. 242.

noch jetzt im höchsten Grade schwankt, da sollte man billig alle solche Raisonnements, oder sogenannte naturrechtliche Deductionen unterlassen!

Aus dem bisher Mitgetheilten hat sich nun, wie der Verf. hofft, herausgestellt, daß für die Zulässigkeit eines Procurators sich keine Gründe finden lassen, wobei er bemerkt, daß er alle ihm bis jetzt vorgekommenen mit gewissenhafter Treue wiedergegeben hat; allein mit einem solchen blos negativen Beweise kann natürlich die Streitfrage noch nicht abgethan seyn, und es muß also wohl untersucht werden, ob sich nicht bestimmte Gründe zeigen, nach welchen die Gültigkeit eines durch einen Procurator überreichten öffentlichen Testaments geradezu unmöglich, und jene Ueberreichung als eine wahre Gesetzwidrigkeit erscheint. Die Anzahl der für diese Ansicht vorgebrachten Gründe ist nicht klein, indessen hat man auch manche Behauptungen vorgebracht, welche sich schwerlich rechtfertigen lassen, oder zur Evidenz führen dürften, obwohl sie hier nicht übergangen werden können, da ihre Würdigung allerdings noch stets Zweifeln unterworfen seyn mag [30]. Hierhin ist namentlich der nicht selten [31]) vorgebrachte Grund zu rechnen, daß, wenn man einen Procurator zulassen wollte, alsdann nur ein einziger Zeuge für den Act der Testamentserrichtung vorhanden, und dieser sogar, weil ihm nothwendig an der Aufrechthaltung des Testaments liegen muß, als ein wahrer testis in propria causa ganz unzuläßig oder doch sehr verdächtig seyn würde, mithin das ganze Testament aller rechtlichen Gewißheit entbehren müßte. Allein man hat hier offenbar zwei ganz verschiedene Dinge mit einander verwechselt. Bei der hypothetisch gestatteten Ueberreichung einer letzten Willensurkunde durch einen Pro-

30) Mehrere ganz alberne Gründe, welche des Nennens nicht werth sind, führt Stryckius diss. cit. S. 18 seqq. an.

31) Höpfner Commentar a. a. O.

curator wäre nämlich diese Urkunde, bevor sie der Procurator dem Gerichte oder Regenten übergeben hat, noch keineswegs ein Testament, weil sie sonst auch ohne die Insinuirung ad acta schon als letzter Wille in Kraft treten müßte, sondern sie würde erst durch die wirkliche Handlung der Ueberreichung zu einem Testamente erhoben; der Procurator aber würde bei dieser Handlung, die man als das eigentliche Testiren zu betrachten hätte, nicht Zeuge, sondern handelnde Person seyn, als Testator auftreten, und nur das Gericht wäre (wie von Allen stets angenommen wird) anstatt der Zeugen, mithin könnte jener Grund gar nicht gegen die Zulassung des Procurators streiten, sondern es wäre lediglich noch zu fragen, ob der Procurator den erhaltnen Auftrag treulich und nach Vorschrift des eigentlichen Testators ausgeführt habe, worüber dann entweder durch die detaillirte Vollmachtsurkunde oder sonst auf gewöhnliche Weise der Beweis geliefert werden müßte. Stellte es sich dann bei dieser Untersuchung, bei welcher die Aussage des Procurators kein Gewicht haben könnte, heraus, daß er von seiner Ordre abgewichen sey, so müßte man natürlich das Testament deshalb für ungültig erklären, gerade wie bei dem gewöhnlichen Testamente ein Irrthum in den von dem Testator gewählten Worten wirkt [32], und aus demselben Grunde, weil nämlich die Absicht des Testators nicht den Worten entspricht, erstere gar nicht ausgedrückt worden ist, und letztere der ersteren zuwiderlaufen — man sieht also, daß dieser angebliche Grund nichts beweißt.

Eben so wenig Gewicht dürfte auf den zweiten Grund zu legen seyn, daß man alsdann nicht untersuchen könne, ob der Testator bei gesunder Vernunft gewesen sey, als er die dem Bevollmächtigten anvertraute Urkunde schrieb und ihm übergab [33]. So nothwendig nämlich das Requisit der

32) S. Thibaut, Pandectenrecht §. 799.

33) Höpfner a. a. O.

Willensfreiheit zur Gültigkeit des Testaments ist, so ist die geistige Gesundheit doch nicht der Act des Testirens selbst; zum Beweise derselben sind also keineswegs alle, sonst zum Testamente erforderlichen Solennitäten nothwendig, sondern es genügen die gewöhnlichen Beweismittel dafür, und wenn sie bestritten werden sollte, so könnte sie leicht auf die hergebrachte unfeierliche Art dargethan werden, ohne daß darum das Testament minder gültig wäre; es ist also auch bei dem öffentlichen Testamente nicht gerade nöthig, daß das Gericht selbst sich von der Vernünftigkeit des Testators überzeugt, sondern der Testamentserbe kann sie auch auf andere Weise darlegen, und es scheint daher dieser Grund gleichfalls der Zulassung eines Procurators nicht im Wege zu stehen. Endlich kann eine dritte Ursache, welche man auch wohl dagegen geltend machen wollte, der Umstand nämlich, daß bei dem alten, in den comitia calata zu errichtenden Testamente kein Procurator auftreten konnte, nicht wohl an sich etwas erheben, weil der Schluß, den man dabei macht [34], daß nämlich das testam. calatum ein öffentliches gewesen sey, mithin, was bei demselben gegolten habe, auch bei dem von den Kaisern gestatteten öffentlichen Testamente zu beobachten sey, doch in der That mehr als gewagt erscheint.

Man bedarf aber aller dieser und mancher ähnlicher Gründe gar nicht, denn es bieten sich so viele und so bedeutende Gründe dar, welche mit Erfolg gegen die Zulassung eines Bevollmächtigten sprechen, daß solche schwache Hülfe eher schaden als nützen kann. Vor allen Dingen muß man hier an die, von Justinian so höchst deutlich und bestimmt ausgesprochne [35] Absicht der Imperatoren bei Anordnung der Testamentssolennitäten denken, welche zwar zunächst nur mit dem gewöhnlichen unprivilegirten Testamente in Ver-

34) Rivinus diss. cit. §. 5.

35) L. 32. Cod. de fideicommissis (6. 42.) cf. c. L. 12. Cod. de testamentis (6. 23.).

bindung steht, allein auch auf alle andre Gattungen der letzten Willensordnungen anzuwenden ist: es soll nämlich jede mögliche Fälschung (falsitas) vermieden werden, und da zu befürchten ist, daß sich die gewöhnlichen Beweismittel möchten umgehen, und ein untergeschobenes (compositum) Testament für ein ächtes ausgeben lassen, so soll in Ansehung der vorgeschriebnen Solennitäten alles genau nach dem Buchstaben des Gesetzes befolgt werden, weil nur so die Furcht vor Verfälschungen beseitigt wird. Wendet man nun diese so deutlich erklärte mens legislatoris und den ferneren bekannten Grundsatz, daß bei den Testamenten stets auf den Willen des Testators gesehen werden soll [36]), daß mithin Gewißheit dieses Willens eine unerläßliche Bedingung jedes Testamentes ist, auf unsre Frage an, so ist das Ergebniß von selbst klar. Wollte man nämlich auch die durch einen Bevollmächtigten dem Gericht überreichte letzte Willensurkunde als ein gültiges Testament behandeln, so würde jene Furcht vor Verfälschungen, welche die Imperatoren gerade durch die Anordnung der Form der öffentlichen Testamente gänzlich zu verbannen glaubten, weil sie mit Recht annahmen, daß ein vor dem von Staatswegen angeordneten und mit beeidigten Staatsbeamten besetzten Gerichte gefertigtes Testament wohl das unzweifelhafteste und gesichertste sey, was nur gedacht werden könnte, nicht nur nicht beseitigt, sondern sogar recht eigentlich und aus guten Gründen hervorgerufen werden. Bietet ja doch die Erfahrung leider so viele Beispiele des Verrathes und der Treulosigkeit von Seiten des vermeintlichen Freundes gegen den Freund selbst, der ihm vertraute, dar; um wie viel leichter kann hier, wo einerseits nicht einmal der Gewaltgeber selbst eigentlich beeinträchtigt wird, sondern nur eine dritte Person, welcher er sein Vermögen zudachte, und wo andrerseits die Verfäl-

36) L. 35. §. 3. de heredibus instituendis (28. 5.) L. 34. §. 3. de legat. II. (31.) L. 69. pr. de legat. III. (32.). L. 27. §. 2. de instructo legato (33. 7.) u. s. w.

schung so leicht und mit so wenig Gefahr der Entdeckung verknüpft ist (falls nicht der Testator etwa sein Testament später zurücknimmt!), die nur zu mächtige Triebfeder der Habsucht den Bevollmächtigten bestimmen, entweder gegen den Auftrag ein anderes Testament zu Protokoll zu dictiren, oder die ihm zur Ueberreichung anvertraute Urkunde mit einer anderen gefälschten zu vertauschen! Man wende auch nicht etwa ein, daß alsdann die Schriftvergleichung doch noch zu Gebote stehe, denn es ist Jedem bekannt, wie trügerisch dieses Mittel und wie leicht die Nachahmung einer fremden Hand in der Regel ist, so wie endlich auch nirgends gefordert wird, daß gerade ein vom Testator eigenhändig geschriebenes Testament überreicht werde; die Unterschrift aber, welche in wenigen kurzen Worten besteht, nachzuahmen wird der wahrlich kein Bedenken tragen, der sich einmal zu einer solchen Treulosigkeit entschlossen hat. Sollte es aber hiernach glaublich seyn, daß die Kaiser, ihrer eignen Absicht gerade zuwiderhandelnd, durch Gestattung der Ueberreichung durch einen Bevollmächtigten ihr eignes Werk zerstören hätten wollen? — die weitere Begründung der Antwort auf diese sich so laut aufdringende Frage ist wohl ganz überflüssig, und die Kaiser selbst, in der Hauptconstitution [37]) stellen mit den klarsten Worten die unbedingteste Sicherheit und Gewißheit des letzten Willens, als ihre eigentliche Absicht voran.

Betrachtet man aber diese Constitution selbst genauer, so findet sich darin zu Anfange deutlich gesagt, daß nur die Solennitäten des Testaments, und auch diese nur in soweit geändert werden sollten, als die Gegenwart des Kaisers einen Ersatz gebe, ja vor der Anwesenheit des Gerichts oder der Privatpersonen als Zeugen noch weit den Vorzug habe, weil der Kaiser in sich allein das ganze Recht repräsentire [38]).

37) L. 19. C. de testam. cit. in den Worten: Sicut ergo securus — succedit.

38) So erklärt richtig Duarenus comm. ad tit. Dig. qui testam. fac. in Opp. Lugd. 1585. p. 439. die Worte: et toto jure teste.

Es sind also nur die zum Privattestamente gehörigen äußeren Solennitäten, nämlich die Zuziehung von sieben tüchtigen Zeugen erlassen, und an deren Stelle die Erklärung des Willens (publicari) vor Gericht, oder vor dem Regenten gesetzt worden, wie zum Ueberflusse in dem zweiten Satze unserer Constitution klar gesagt wird, wo das Gericht und die sieben Privatzeugen geradezu als Surrogate neben einander gestellt werden. Daß aber bei dem gewöhnlichen Privattestamente ein Procurator für den Testator auftreten und handeln könne, hat wohl noch Niemand behauptet, da die Rechtsquellen allzu deutlich die persönliche Gegenwart des Testirenden fordern, und bestimmt verlangen, daß die Zeugen ihn sehen und hören können [39]), was denn die Reichsgesetze wieder mit der höchsten Deutlichkeit bestätigt haben [40]), und man muß also, da theilweise abändernde Gesetze stets auf das engste zu interpretiren sind, d. h. nicht mehr als abgeändert angenommen werden darf, als nach dem buchstäblichen Wortsinne abgeändert worden ist [41]), behaupten, daß unsre Constitution nur anstatt der Anwesenheit der Zeugen, die Gegenwart des Gerichtes oder des Regenten fordere, Alles andre aber wie bisher geltend bleibe, mithin ebensowenig ein Procurator zugelassen werden könne, als etwa die s. g. unitas actus erlassen ist. Unsere Constitution spricht aber überdies mit

---

39) L. 9. (in conspectu testatoris) L. 12. (coram testatore) L. 21. pr. (testibus praesentibus — testator — dixerit) Cod. de testamentis (6. 23.). Dieser Grund ist übrigens der bei unsrer Frage am häufigsten gebrauchte.

40) Reichsabschied von 1512 (Notariatsordnung) Tit. von Testamenten (tit. I.), §. Item, es gehört. (§. 4.) §. Nun die Form (§. 7.).

41) Daß die L. 19. Cod. cit. im Verhältnisse zu den anderen Constitutionen nur ein theilweise correctorisches Gesetz ist, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, weil sie weder von den anderen Testamentsformalitäten, noch von dem Inhalte der Testamente redet; über den hermeneutischen Grundsatz selbst vergl. statt aller Andern Thibaut, Theorie der logischen Auslegung §. 20. A. B.

mehreren Ausdrücken — voluntates hominum *audire* volumus — *nostris auribus intimatur* — so bestimmt von dem Testator als einer vor dem Regenten oder vor dem Gerichte — qui actis cujuscunque judicis *publicavit* — gegenwärtigen Person, daß man unmöglich wegen des angeblich allgemeinen, in der That aber (s. Note 16.) durch die Rechtsquellen für nicht allgemein erklärten Grundsatzes, daß überall ein Procurator zuläßig sey, ihn auch hier zulassen kann und darf; mit der Behauptung bildlicher Ausdrücke sich aber durchhelfen zu wollen, wäre ein, in seiner Schwäche zu sehr erkannter Kunstgriff, als daß er einer weitläuftigen Widerlegung bedürfte.

Indessen hat man nicht selten alle angeführten Gründe nicht anerkennen wollen, weil man sich von dem angeblichen Grundsatze nicht losmachen konnte, daß bey jedem Geschäfte ein Procurator zugelassen werden müsse, sobald er nur eine gehörige Beglaubigung nachweisen könne; gerade in diesem Postulate dürfte jedoch der Hauptirrthum liegen, und so mögen einige Worte darüber hier wohl ihren Platz finden. Bei den negotia civilia, oder, wie man sie jetzt wohl häufig nennt, den negotia stricti juris, d. h. bei denjenigen Rechtsgeschäften, welche nicht dem jus gentium, sondern dem eigentlichen jus civile ihre Entstehung verdankten, und deren Eingehung mit gesetzlich genau bestimmten Formalitäten verknüpft war [42]), war früherhin, mochten sie gerichtliche Handlungen seyn (legis actiones) oder außergerichtliche, von welchen jedoch manche den legis actiones

42) Man darf damit nicht unbedingt die öfters genannten actus legitimi verwechseln, da Ulpian. fragm. t. XI. §. 27. einen Unterschied macht; es möchte wohl der Ausdruck actus legitimus der allgemeinere seyn, welcher auch die unfeierlichen, obwohl civilrechtlichen Handlungen bezeichnet, s. jedoch Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. §. 116., der anderer Ansicht ist.

gleichgestellt waren [43]), eine Stellvertretung durch freie Mittelspersonen, ja bisweilen sogar durch die Hausunterthänigen nicht möglich, was sich wohl durch die Beschaffenheit der dabei vorkommenden feierlichen Handlungen und Formulare als nothwendig gezeigt haben mag, welche durchaus nur, wie soviele uns aufbehaltne Beispiele beweisen, auf die Person des Handelnden und namentlich des Rechtserwerbers lauteten, und darum, bei der altrömischen Aengstlichkeit, nicht ausgedehnt werden durften [44]). Späterhin, nachdem die frühere gleiche Strenge in Ansehung der negotia naturalia sich gemildert hatte, und bei diesen nunmehr auch eine freie gehörig beauftragte Person als Procurator zugelassen wurde [45]), gestattete man bei der (durch den Prätor) veränderten Gerichtsverfassung für die gerichtlichen Handlungen allerdings, wenn sie auch sonst zu den negotia civilia gehört hatten, einen Stellvertreter, wobei man noch den Unterschied zwischen dem cognitor (praesentis) und dem procurator (absentis) machte, welcher nicht weiter hierher gehört; bei den außergerichtlichen feierlichen Rechtsgeschäften blieb jedoch der alte Grundsatz der Unstatthaftigkeit der freien Stellvertretung stehen, und ist mit in das Justinianische Recht übergegangen, wo er sich zwar hauptsächlich nur bei dem Rechtserwerbe ausgesprochen findet, allein ganz allgemein auf alle, auch

---

43) Hierhin gehört z. B. die in jure cessio, Gajus II. 96, s. Mühlenbruch v. d. Cession §. 5. Note 56. Sollte etwa der Ausdruck legis actio alle feierlichen, aus dem jus civile entspringenden Rechtsgeschäfte bedeutet haben? Fast sollte man es nach L. 123. pr. de regul. juris, vergl. mit Fragm. Vaticana §. 49. glauben!

44) L. 53. de adquir. rer. dom. (41. 1.) L. 123. de reg. jur. cit. L. 11. de obligat. et act. (44. 7.) — L. 1. Cod. per quas personas (4. 27.) §. 5. J. eod. tit. (2. 9.) Gajus II. §. 95. Ulpian. XIX. §. 21. Diese Stellen reden fast alle sogar allgemein, d. h. auch von den negotia naturalia.

45) Pauli sent. rec. V. 2. §. 2. L. 20. §. 2. L. 53. de adquir. rer. dom. (41. 1.) L. 41. de usurpat. et usucap. (41. 3.)

nicht gerade einen Erwerb für den Handelnden begründende feierliche Geschäfte angewendet wird [46]). Daß nun die Testamente gerade zu dieser Gattung gehörten, und ihre Errichtung ein negotium civile oder stricti juris war, ist wohl nicht leicht bezweifelt worden, und wird auf das klarste in den Rechtsquellen ausgesprochen, und zwar so, daß man dies auch noch, wie es sich übrigens von selbst versteht, für das Justinianische Recht behaupten muß. Das älteste Testament, welches in den Comitien gemacht wurde, so wie das in procinctu errichtete, war nämlich, wie natürlich, ein Erzeugniß des ältesten Civilrechts, und wie streng die Form des ersteren, bei der wohl allein vorkommenden mündlichen Abfassung, beschaffen war, lehrt uns das uns aufbehaltene Formular, welches der Testator aussprechen mußte, auf das deutlichste [47]). Ebenso stammt das spätere Testament per aes et libram wahrscheinlich aus den zwölf Tafeln her, war also gleichfalls civilrechtlicher Natur, wie gerade die dabei gebrauchte Mancipation beweißt, und das uns aufbehaltne Formular giebt davon wieder den deutlichsten Beleg [48]); nur das noch spätere Prätorische Testament konnte natürlich nicht mit zu dem Civilrechte im engeren Sinne gezählt wer-

---

46) L. 53. cit. L. 1. Cod. cit. L. 123. cit. Beispiele hievon sind nicht selten, s. L. 126. S. 2. de verb. obligat. (45. 1.) L. 3. C. de vindicta (7. 1.) L. 6. C qui manumittere (7. 11.). Andere, auffallendere Beispiele werden weiter unten vorkommen. Averanius interpret. L. I. c. 12. No. 7.

47) S. Gellius, noct. attic. L. V. c. 19., welcher zwar zunächst das Formular der Arrogation giebt, allein die Vergleichung mit L. XV. c. 27. zeigt, daß dies auf die testamenta calata sich erstreckte, und insofern hat Rivinus in Note 34) nicht Unrecht, wenn er auch das testam. calatum benutzt, nur irrt er freilich in der Folgerung, die er zieht, gar sehr, wie oben zu zeigen versucht wurde.

48) S. Ulpian. t. XX. S. 9. Gajus II. S. 104. und Erb in Hugo's civilist. Magazin Bd. IV. No. 15. Vergl. überhaupt des Verf. Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts S. 108.

den, daher denn auch keine hereditas daraus entsprang, welche stets nur aus dem nach Civilrecht gültigen Testamente erhalten wurde [49]). Das spätere kaiserliche Testament schloß sich aber, wie uns ausdrücklich berichtet wird, an das alte Civilrecht an, und obgleich auf diese neueste Form auch das Prätorische Recht eingewirkt haben mag, so blieb doch das Wesentlichste in der Testamentsform noch immer ein civilrechtliches, mithin strengfeierliches Institut, wie die in den Rechtsquellen vorkommenden Ausdrücke unzweifelhaft erweisen [50]), und, da niemals eine Aufhebung dieser Natur der Testamente ausgesprochen, im Gegentheil an den Solennitäten stets auf das strengste gehalten wurde, so kann man ihre durchaus civile Natur für das Justinianische Recht wohl nicht in Abrede stellen [51]). Es ergiebt sich also — und hiermit kehren wir zu unserem Gegenstande zurück — daß nicht nur bei den älteren Testamenten, nach deren Form, eine Stellvertretung ganz unmöglich war, sondern daß auch in dem neuesten kaiserlichen Testamente, nach dem allgemeinen Grundsatze hinsichtlich der rechtsfeierlichen Geschäfte, das Gleiche noch immer gelten muß, womit denn die angeführten ausdrücklichen Bestimmungen in Ansehung der Privattestamente völlig im Einklange stehen. Nun aber haben Honorius und Theodosius, wie oben gezeigt worden ist, ganz allein

49) Ulpian. t. XXVIII. §. 6. u. s. w.

50) §. 2. 3. J. de testam. ordinandis (2. 10.). Gajus II. §. 115. Ulpian. t. XX. §. 1. s. auch Walch diss. cit. §. 4. N. 1. Conradi de testam. publ. §. 18.

51) Zwar scheint Theophilus, paraphr. Inst. L. II. t. 10. §. 1. zu sagen, daß die Testamente zu dem jus gentium gehörten, allein mit Recht bemerkt Giphanius Disputat. L. II. disp. 13. §. 5., daß Theophilus hier gar nicht die Form der Testamente, sondern nur den Umstand meine, daß sie bei allen Völkern überhaupt im Gebrauche seyen; s. auch Dirksen im Rhein. Museum Bd. I. S. 46. vergl. mit S. 5. Note 12. Auf das Mißverständniß der wenigen Schriftsteller, welche Dirksen Note 158. anführt, und welche andrer Meinung waren, kann hier nichts ankommen.

die Zuziehung von Zeugen entbehrlich machen und als Surrogat dafür die Erklärung des letzten Willens vor dem Regenten oder Richter anordnen wollen; mithin muß bei diesem Acte, in welchem bei dem öffentlichen Testamente die eigentliche conditio testamenti besteht, dasselbe gelten, was von jeher bei den Solennitäten galt, durch deren Vorhandenseyn ein Testament als solches rechtsgültig wurde, und es ist daher auch bei dem öffentlichen Testamente die Zulassung eines Stellvertreters jeder Art unmöglich, und dem Geiste des älteren wie des neuesten römischen Rechtes gänzlich zuwider.

Mit dieser einfachen Argumentation sollte vielleicht die ganze hier aufgeworfene Streitfrage schon hinreichend beantwortet seyn können, indessen bedarf es wohl, um keine Gründe, welche sich noch darbieten, zu vernachlässigen, auch der Bemerkung, daß sich mehrere der schlagendsten Analogieen angeben lassen, aus welchen die allgemeine römische Rechtsansicht hervorgeht, daß bei allen, dem strengen Rechte, und besonders dem Erbrechte angehörigen Formalgeschäften, sogar wenn deren Formalcharacter in der späteren Zeit eigentlich verschwunden war, eine Stellvertretung unzulässig sey, was sich denn aus der, oben bereits angeführten Berücksichtigung der Gefährlichkeit und Unsicherheit solcher Rechtsgeschäfte, sobald sie durch Stellvertreter abgeschlossen werden könnten, im Allgemeinen erklären läßt.

So scheint namentlich der Kaiser Justinian selbst [52]) bei der von ihm neu verordneten Art, ein Testament nach Ablauf von zehn Jahren nach dessen Errichtung, durch feierlichen Widerruf vor drei Zeugen oder zu Protokoll eines Gerichts umzustoßen, nach den von ihm gebrauchten Worten durchaus die Anwesenheit und persönliche Erklärung des widerrufenden Testators zu fordern, was denn hier freilich besonders leicht zu erklären ist, da man sieht, daß der Kaiser

---

52) L. 27. C. de testamentis (6. 23.) in den Ausdrücken: si testator dixerit — aliis verbis utendo — per testes manifestaverit.

überhaupt allem Leichtsinne, aller Uebereilung und allen Betrügereien, welche so oft auf die Umstoßung eines gültigen letzten Willens einzuwirken vermögen, vorbeugen wollte Persönliches Handeln von Seiten des Testators war aber dazu unerläßliche Bedingung, allein der Schluß hiervon auf die Testamentserrichtung liegt so klar wie möglich vor Augen, es soll auch einen solchen gerichtlich insinuirten Widerruf geben, und die bekannte römische Regel, daß die nämliche Form und Weise für die Eingehung und für die Aufhebung eines Rechtsgeschäftes gelten müsse, würde hier schon für sich allein zu Gunsten unsrer Behauptung entscheiden.

Eine zweite Analogie findet sich in der bekannten Vorschrift [53]), daß die Aditio einer Civilerbschaft — bei der Agnition einer nach Prätorischem Rechte angetragenen Erbschaft ist es freilich natürlich anders [54]) — niemals durch einen Stellvertreter geschehen könne, welche Bestimmung, so unnütz sie heut zu Tage scheinen kann, wo man sich nicht wohl eine besondre Gefährlichkeit der Stellvertretung oder einen anderen Grund des Verbots derselben auszudenken vermag, dennoch im neuesten Rechte enthalten ist, obschon sie nichts als ein Ueberbleibsel des ältesten Erbrechts, und zwar der cretio zu seyn scheint, deren Formel freilich so wenig, als ihre streng civilistische Natur, einen Procurator vertrug [55]). Ist aber hier sogar die Zuläßigkeit eines solchen abgeschnitten, wie viel mehr muß dies bei jeder Art der Testamentserrichtung der Fall seyn, wo das Beibehalten des älteren Rechtes sich doch auf so triftige Erwägungen stützt.

53) L. 90. de adquirenda hereditate (29. 2.) vergl. mit L. 1. S. 2. de officio procur. Caesaris (1. 19.). L. 54. pr. de adquir. rer. dominio (41. 1.). Liegt jedoch, wie in der Regel der Fall seyn wird, in der Auftragsertheilung schon eine pro herede gestio, so wird diese allerdings, allein natürlich auch nur als gestio, die Erwerbung der Erbschaft bewirken; s. L. 26. de adquir. hereditate.

54) L. 3. S. 7. L. 7. pr. de bonor. possessionibus (37. 1.). L. 86. pr. de adquir. hereditate.

55) Ulpian. tit. XXII. S. 28. Gajus II. S. 165 — 167.

Bei weitem am wichtigsten und im Grunde mit einem Schlage entscheidend ist aber folgende, soviel dem Verf. bekannt ist, für die untersuchte Materie bisher nicht benutzte Stelle:

Ulpianus lib. V. opinionum

Neque adoptare, neque adrogare quis absens, *nec per alium ejusmodi solennitatem peragere* potest [56]).

Es ist nicht wohl möglich eine deutlicher sprechende und mehr auf unseren Gegenstand passende Stelle zu finden, als die hier mitgetheilte ist, in welcher der Rechtsgelehrte ganz ausdrücklich, nicht allein für die feierliche Handlung der Adoption und Arrogation, sondern auch für jede ähnliche (ejusmodi) Solennität den Grundsatz, als einen anerkannten und allgemein anwendbaren aufstellt, daß kein Procurator dabei auftreten und für die eigentliche Parthei handeln dürfe. Allerdings ist es nun, was zuvörderst die in dem Fragmente erwähnte Adoption betrifft, ganz wahrscheinlich, daß Ulpian, zu dessen Zeiten wohl noch die bekannte alberne Adoptionscomödie in Gebrauch gewesen seyn muß, welche aus den zwölf Tafeln herrührte, und die namentlich Gajus [57]) als eine zu seiner Zeit practische Art beschreibt, zunächst an diese dachte, obgleich es nach einer Aeußerung von ihm [58]) auch möglich ist, daß schon damals eine einfache Erklärung der Partheien vor dem Prätor genügte, welche Meinung dadurch noch mehr Wahrscheinlichkeit gewinnt, daß es sonst auffallend wäre, daß Ulpian jener complicirten Comödie auch mit keiner Sylbe Erwähnung thut. Dagegen sagt freilich Justinian selbst [59]), er schaffe jetzt erst die frühere

56) L. 25. §. 1. de adoptionibus (1. 7.) vergl. mit L. 24. eod. tit. §. 8. J. quibus modis jus (1. 12.)

57) Gajus I. 134. S. überh. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. §. 221.

58) Ulpian fragm. t. VIII. §. 3. 5.

59) L. 11. Cod. de adoptionibus (8. 48.)

weitläufige Form ab, und substituire die simple Erklärung zu Protokoll bei dem competenten Gerichte; in jedem Falle aber muß das mitgetheilte Pandectenfragment, da die eben erwähnte Verfügung von Justinian aus dem Jahre 530 n. Chr. Geb. herrührt, nur nach dieser neuen Bestimmung beurtheilt, und darauf bezogen werden, wie denn in den Pandecten selbst eine (nach obiger Hypothese nicht für interpolirt zu haltende) Stelle [60]) nur die neue Justinianische Adoptionsform kennt. Es zeigt sich also in jedem Falle als Resultat, daß Ulpian von einer einfachen Erklärung vor dem Gerichte, welche er übrigens eine solennitas nennt, sagt, daß sie keine Besorgung durch Stellvertreter dulde — diese zum Ueberflusse von dem Rechtsgelehrten selbst allgemein aufgestellte Regel paßt aber so vollkommen auf das öffentliche und zwar gerichtliche Testament, daß hiernach wohl kein Zweifel über unsere Streitfrage bleiben kann. Was aber die Arrogation anbelangt, von welcher Ulpian gleichfalls spricht, so kann er nicht mehr an die zu seiner Zeit unmöglich gewordene Form der Erklärung in den Comitien denken [61]), wenigstens dem buchstäblichen Sinne nach, sondern es war damals wohl irgend eine andre ähnliche Ceremonie surrogirt worden; sehr bald darauf verordnete jedoch Diocletian [62]), daß an die Stelle der alten arrogatio (adoptio) per populum ein Gesuch an den Kaiser nebst einem kaiserlichen bestätigenden Rescripte treten, und die Arrogation kräftig machen sollte. Ulpian muß daher, da wir ihn nicht historisch interpretiren dürfen, von dieser Arrogationsform verstanden werden, von welcher auch außerdem die Pandecten

60) L. 4. de adopt. (1. 7.)

61) Zimmern a. a. O.

62) L. 2. 6. Cod. de adoptionibus. Daß ein Gesuch dabei vorkam, beweißt der Ausdruck arrogatio intimata klar, auch ist ein Rescript ohne Anfrageschreiben niemals möglich gewesen.

selbst sprechen [63]), und er wendet also seine allgemeine Regel, daß bei solennen Handlungen kein Procurator erscheinen dürfe, auch auf einen zweiten Fall an, welcher denn mit der Form des dem Regenten überreichten Testaments die allergrößte Aehnlichkeit hat; der Schluß auf dieses ist daher gewiß eben so sehr gerechtfertigt, sowie man im Allgemeinen auch nicht übersehen darf, daß, wenn im neuesten römischen Rechte bei der Adoption und Arrogation kein Procurator zuläßig ist, bei welcher die Partheien selbst doch leben, und man also einen etwaigen Irrthum der Unterschrift durch ihre eigene Angabe leicht berichtigen kann, dies noch weit mehr bei den öffentlichen Testamenten gelten muß, bei welchen, bei übrigens gleicher Form, die eigentlich handelnde Person schon todt ist, wenn das Resultat ihrer Willenshandlung zur Sprache kömmt, mithin keine Möglichkeit einer Berichtigung mehr vorhanden wäre.

Schließlich darf wohl noch erwähnt werden, daß auch eine bedeutende Anzahl der neueren Landesgesetze die hier vertheidigte Ansicht ausgesprochen hat [64]) und daß sie in der That

---

63) L. 2. Dig. eod. Daß diese Stelle interpolirt ist, zeigt freilich die Vergleichung mit Gajus I. 99., allein man muß doch offenbar die L. 25. desselben Titels in dem nämlichen Sinne interpretiren, welcher in die L. 2. gebracht worden ist.

64) Constit. Elector. Saxonic. P. III. decis. 45. 73. Würtemberg. Landrecht, Th. II. Tit. 3. §. 1. Solmsisches Landrecht, Th. II. Tit. 23. §. 4. 7. (hier wird noch speciell vorgeschrieben, daß der Testator bei dem schriftlichen gerichtlichen Testamente mehrere zur Gewißheit führende Fragen dem Gerichte beantworten soll). Preußisches Landrecht Th. II. Tit. 12. §. 66. 67. Oesterreich. Gesetzb. §. 587. Das Pfälzische Landrecht von 1700. Th. III. Tit. 3. §. 1. verbietet den Procurator bei dem mündlichen, und erlaubt ihn zwar bei dem schriftlichen gerichtlichen Testamente, verordnet aber §. 2. 3., daß das Gericht es dem Testator selbst vorlesen müsse, welcher folglich als anwesend gedacht wird. Die Nassauische Landordnung von 1711, Th. III. Cap. 2. §. 1. 2. gestattet auch einen Bevollmächtigten (Redner), allein offenbar nur, damit er für den Testator das Wort führe,

practisch ohne alle Bedenklichkeit ist, weil wir nirgends verordnet finden, daß der Testator gerade in dem gewöhnlichen Gerichtslocale seinen letzten Willen aussprechen oder überreichen müsse, vielmehr das Gericht sich auch auf sein Verlangen in seine Wohnung verfügen dürfte, und ein daselbst von ihm, übrigens mit den gehörigen Requisiten errichtetes, öffentliches Testament unbezweifelbare Gültigkeit haben würde.

XV.

Muß ein rechtskräftiges Urtheil als genügender Grund zur Ersitzung gelten?

Von Herrn Dr. Arndts in Bonn.

Die Frage, ob ein rechtskräftiges Urtheil im Eigenthumsprocesse einen gültigen Ersitzungstitel begründe, (d. h. ob derjenige, welcher eine Sache usucapirt zu haben behauptet, einen genügenden Rechtfertigungsgrund seines Besitzes schon dann bewiesen habe, wenn er eine Anerkennung seines Eigenthums durch Richterspruch nachweiset, oder ob er noch ferner etwa den Grund, aus welchem er sich ursprünglich für den Eigenthümer hielt und worauf er sich in dem frühern Eigenthumsstreite stützte, angeben müsse) scheint mir noch nicht befriedigend erörtert zu seyn, und doch wegen ihrer Bedeutung für die wissenschaftliche Ansicht wie für die Anwendung eine genauere Beleuchtung wohl zu verdienen.

---

wenn dieser sich es nicht getrauen sollte, dagegen werden auch hier Fragen vorgeschrieben, welche das Gericht dem Testator selbst vorlegen muß, um allen Unterschleif zu verhüten. Man sieht ohne Fingerzeig, daß die sämmtlichen angeführten Landesgesetzgebungen die hier vertheidigten Ideen gleichfalls unbedingt oder doch im Ganzen befolgten.